3

3

IN PROCESSV DON IOANNIS DE VERA, ET SALCEDO.

Por Don Iuan de Vera.

DVBIVM.

Parece que el Censal inuentariado no entrò libremente en poder de Don Diego Virto de Vera, heredero de Don Mateo su hermano, por quanto auiendole instituido para que disponga de los bienes de la herencia, como de cosa suya propria, y en caso de no disponer en vltima voluntad, ò donacion causa mortis, forma vn mayorazgo de dicha herencia a fauor de sus hijos, y los demas llamados en el, le quitò la facultad de disponer entre viuos, pues lo condicional declara, y limita lo dispositiuo. Y consiguientemente si se entendiesse, que la mitad deste Censal se comunicò a Doña Maria, no pudo disponer de essa mitad Don Digo, con que se verificaria la condicion de no disponer en dicha mitad; y assi con lo mismo que se incluye, quedaria excluida por el vinculo.

Arguye la parte aduersa con sutilidad en su alegacion de 10. de Nouiembre de 1646. punt. 1. pag. 3. vers. Porque si pretendemos, de cuyo argumento nace la duda, que V.S. Illustrissima ha sido seruido comunicar a mi parte: el argumento viene a reducirse a vn silogismo que los Dialecticos le dieron nombre de, *Pseudemeron*, del qual hizo mencion el Iurisconsulto Africano, *in l. qui quadringenta 87. aliàs 88. ff. ad legem Falcid.* ibi: *Etenim quidquid constituerimus verũ, esse falsum reperietur*; de cuya naturaleza no es mi intento el tratar, remitiendo a lo q̃ largamente escriue *Cuiatio tract.*

A 5. ad

5.ad Africanum col. mihi 1954.in verſ.Duæ ſunt quæſtiones.

Para llegar a la ſolucion de la duda, ſupongo,que auiendo Don Diego Virto de Vera, diſpueſto en ſu teſtamento de ſus bienes; con eſta inſtitucion, y general diſpoſicion, paſſaron en ſu heredero los bienes del Inquiſidor ſu hermaſin que tuuiera neceſsidad de diſponer dellos ſpecifice, *vt punctim pluribus deciſsionibus relatis reſoluit Petrus Fontanella de pactis nuptial.clauſ.5.gloſ.10.p.1.num.68.*

Con que auiendo diſpueſto Don Diego Virto de Vera por ſu teſtamento de todos ſus bienes (como diſpuſo) *defecit conditio in cuius euentum factæ fuerant ſubſtitutiones, & vocationes, Pariſ.conſ.87. num. 37. vol. 1. Craueta conſ.*88.& alijs relatis ſequitur *Roland.à Valle conſ.34.nu. 62. vol.4.* Y es de tal naturaleza el defecto de la condicion, que las ſubſtituciones que eſtauan hechas, para el caſo, vienen a reputarſe, *pro non factis, Caſſanate conſ. 36. ex num. 37. Caſtillo lib.5.cap.181. num. 45. Seſſe deciſ.166.num. Gilimon de la Mota in addit.ad Molin.lib.1.cap.1.nu.17.Ioſephus Ramon conſ.100.num.133.*

De aqui infiero, que pretender llamamiento en la parte de los Cenſales, pertenecientes a Doña Maria de Cordoua y Bracamonte, en fuerça de las obſeruancias del Reino, es cõtra el ſentir del Iuriſconſulto *in l.facta, §.ſi ſub conditione.ff. ad Trebellian.*ibi: *Ius enim tribui à Prætore ei, qui fideicommiſſum petit, quam teſtator voluerit abſurdum eſt; vtique autem teſtator, niſi expleta ſit conditio, neque ſcriptum hæredem ad hæreditatem vocauit, neque per hunc illi voluit reſtituit hæreditatem.*

Que en eſte caſo, *non fuerit expleta cõditio vocationum; imò quod defecerit,* nos lo dize el teſtamento de Don Diego Virto de Vera, en el qual hizo heredero vniuerſal, al qual paſsò todo lo que pudo paſſar de ſu herencia, ſin que la inſtitucion vniuerſal aya podido obrar en la parte de los Cenſales que ſe comunicaron a Doña Maria de Cordoua y Bra-

ca-

camonte,con que la comunicacion no puede auerse impedido por el vinculo.

El dezir que tan solamente Don Diego Virto pudo disponer de los bienes causa mortis, ò por testamento, y que no pudo entre viuos, y que por consiguiente no pudo comunicar a su esposa los bienes que vienen en diuision, limitando lo dispositiuo por lo condicional, a mas que seria contra la carta (*Para que haga, y disponga de todos ellos como de cosa suya propria*) seria denegar a Don Diego los efetos del dominio libre, y absoluto, que quiso mediãte su disposicion concederle el Inquisidor, y conteniendo lo dispositiuo clara, expressa, y absoluta licencia de disponer, se entiende que la tuuo de disponer y agenar inter viuos, *Gratiano discept.539.num.22.plures allegans*, con que a la disposicion *inter viuos*, no la ofende el llamamiento, *para en caso de no auer dispuesto causa mortis, ò por testamento*: cuya clausula no es poderosa para limitar, ni corregir la disposicion precedente, *para que haga, y disponga de todos ellos como de cosa suya propria*. Es a proposito lo que dize *Bart. in l. fin. ff. de rebus dubijs, vbi dicit; quod licet aliàs clausula in fine posita referatur ad præcedẽtia, l.3.§. Offilius, ff. de lib. & posthum. tamen illud est verum, quando esset clausula per se principaliter posita, sed si non est per se principaliter posita, sed ad aliam dispositionem qualificandam puta si conditio, vel modus inferatur legato vltimo loco posito: tunc ad aliud non refertur, nisi ad illud vltimum per l. filium cum ibi notatis, ff. quando dies legati cedat.*

La condicion, *nihil ponit in esse, Hypolit. Riminald. cons. 774. num. 45. vol. 7. Iosephus Ramon* latè *cons. 17. num. 15.* y por esta razon, *filij positi in conditione regulariter non cẽsentur vocati, nec positi in dispositione, vt per D. R. Sesse decis. 65. per totam.* Y en nuestro caso no entra la question, si lo condicional declara disposicion dudosa, siendo clara la disposicion precedente.

Y està tan lexos, que la condicion; *si no dispusiere causa*

mortis,ò ex testamento; pueda quitar a Don Diego la libre disposicion, *quandocumque*, que quando no precediera la disposicion tan clara, como es la de las palabras, *para que haga y disponga de todos ellos, como de cosa suya propia*, con la facultad de disponer causa mortis, ò en testamento, quedaua incluida la facultad de disponer *inter viuos, & quandocumque*, argumento *inst. de lege Fusia Caninia tollen. à contrario sensu*, ibi: *Cum satis fuerat inhumanum viuos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem huiusmodi licentiam adimere.* Es puntual vna decision de la Real Audiencia de Cataluña, referida por *Fontan. de pactis nuptial. clau.5. glos.10. p.1. num.71.* ibi: *Et vidi pulcram Senatus decisionem factam 16. Decembris 1600. referente Egregio olim Senatore Ioanne Castello inter Thomasiam Alenia, & Isabelem Xammar, in qua in hac forma reseruationis*, quod posset testari, & codicillari donator ad omnes suas voluntates, *fuit dictum, fuisse reseruatam facultatem disponendi, nedum in vltima voluntate, sed etiam inter viuos; quia* (inquit) *quando reseruatur facultas disponendi per modum vltimæ voluntatis, comprehenditur etiam modus disponendi inter viuos, quando presertim nulla diuersitatis ratio considerari potest.*

En nuestro caso no puede asignarse razon de diuersidad, maximè auiendo precedido disposicion expressa de facultad libre, *de disponer de los bienes como de los propios*: con que la clausula que llama al substituto baxo condicion negatiua, no es capaz para alterar la disposicion precedente.

Segun esto, la clausula, *y para en caso que el dicho Don Diego Virto de Vera no dispusiere, &c.* Manifiesta la voluntad del Inquisidor Virto, que es dezir; *instituyo heredero a mi hermano Don Diego Virto de Vera, para que haga, y disponga como le pareciere, ò entre viuos, ò en vltima volũtad, pero en caso que no dispusiere por vltima voluntad, ò donacion causa mortis, quiero, y es mi voluntad, &c.* Con que el

subs-

ſubſtituto, y llamado en caſo de purificarſe la condicion, vendria a tener lo remanente de la hazienda, y aquello que tendria el ſucesſor ab inteſtato, en cuyo lugar viene a eſtar ſubrogado, con que no podria reuocar las enagenaciones hechas por el heredero, a quien fue ſubſtituido.

Y quando la clauſula ſegunda no fuera condicional, y no pudiera comprehender las diſpoſiciones inter viuos, ſegun el lugar de Fontanella, auiendo dado la primera facultad de diſponer quandocunque, ſe ha de entender la ſegunda en lo que no huuiere diſpueſto inter viuos, para que no ſe enquentre con la primera clauſula, ne detur correctio in continenti, como lo dixo *Gratian. d. diſcept. 539. num. 14.* en el caſo en que la facultad primera es *vita durante*, y la ſegunda abſoluta, que eſta ſe limita por la primera: y aſsi en nueſtro caſo, quãdo ambas clauſulas fueran diſpoſitiuas, y la ſegunda limitada, ſe auia de entender en lo no diſpueſto conforme la primera facultad, ne detur correctio in continenti: Pero noſotros eſtamos en terminos, en que la ſegunda clauſula no es diſpoſitiua, ſino condicional, *quæ nihil ponit in eſſe*, y la condicion contiene en ſi la diſpoſicion inter viuos, *ex dictis ſupra.*

Y aunque de lo eſcrito reſulte, que el ſentido de la clauſula a fauor de mi parte es claro, y literal (del qual no es licito apartarſe, *niſi manifeſtum ſit aliud ſenſiſſe teſtatorem, l. non aliter, ff. de leg. 3. maximè in Regno vbi ſtãdum eſt cartæ*) Se manifieſta mas de las palabras que ſe ſiguen: *Es mi voluntad, para tan ſolamente eſte caſo, vincular todos los dichos bienes*, &c. por la diccion, *tantum*, que es taxatiua, *Barb. de diction. dict. 474.* Y mas añadida la diccion, *eo caſu*, que a mas de ſer taxatiua, denota extremidad de tiempo, *Marta de clauſulis par. 3. clauſ. 88. nu. 3.* Con que queda declarado, que los llamamientos del Inquiſidor Virto fueron para la herencia, en que pudieran ſuceder los ſucceſſores ab inteſtato del heredero.

De aqui ſe ſigue con euidencia, que Don Diego Virto

pu-

pudo comunicar a Doña Maria de Cordoua la parte de este censal, y todo lo que segun Fueros, y Obseruancias del Reino viene en diuision entre el conyuge superstite, y herederos del premoriente, sin que esta comunicacion se impida por el llamamiento considerado: quedando comprehendida en la agenacion necessaria que prouiene del ministerio de la ley.

Aunque el fundamento referido es solido, y por el queda eneruada la duda; para mayor, y mas exuberante satisfacion della, deue considerarse; que el no auer podido Don Diego Virto disponer de la parte de los Censales, y otros bienes que se comunicaron a Doña Maria por Fueros, y Obseruancias del Reino, no puede aprouechar a fauor del llamamiento; *para en caso que no dispusiesse causa mortis, ò por testamento*: porque aunque no aya podido disponer de esta porcion por el impedimento de la ley, y comunicacion de los muebles entre los conyuges; pero por parte de Don Diego, para excluir el llamamiento, *paritum est conditioni*, auiendo hecho testamento, que por ser la condicion voluntaria, basta que de facto se aya cumplido, aunque no aya podido cumplirse de iure, *l. mulier, §. si quis hæreditarium, ff. de condit. instit. Gratian. discept.* 979. *num.* 18. *Cassanate cons.* 4. *num.* 50.

La razon es, que quando el drecho resiste al cumplimiento de drecho, *sufficit quod pareatur cōditioni pro viribus*, es puntual la dotrina del señor Obispo de Vrgel, electo Arçobispo de Tarragona, *D. Paulo Duran in tract. de condition. & modis impossib.* 3. *p. cap.* 8. *num.* 21. donde dize: *Quarto ex eadem solutione intelligitur text. in l. quidam cum filium, cum Bart. ibi num. 7. ff. de verb. oblig. vbi, cum quis promittit, si extraneum non emancipet, committitur stipulatio, nisi de facto emancipet Alciat. in l. impossibilis num. 6. ff. eodem tit. rationem assignat Bart. quia quando ius resistit implemēto iuris vt in d. l. quidam cum filium, ex eo, quod ex hæredatio non cadit in extraneo, l. si posthumus. §. fin. ff. de liber.*

& post.

& post. non tamen resistit implemento facti, tunc conditio est saltim de facto, quo pacto non est impossibilis, pro viribus exequenda ex d. l. Mauius, ff. de cond. & demonstr. melior tex. in l. si mulier, §. 1. ff. de cond. & demonstr. vbi expresse probatur, quod conditio quæ de iure impleri non potest, est de facto adimplenda, si ius, facti adimplemento non resistat.

Hizo testamento Don Diego, y aunque con la institucion vniuersal passara a su heredero, la porcion de los bienes que se comunicò à su esposa, pero el impedimento foral no lo permitiò, quitando al heredero la porcion, y a Don Diego la facultad de disponer della, *tanquam de are alieno, argum. l. qui ex fratribus, ff. de condit. instit.* ibi: *Quia verum est eos hæredes institutos, sed æmolumento portionis ex euentu nuptiarum discretos.*

Este impedimento no pudo Don Diego quitarle, *l. nemo potest, ff. de leg.* 3. Y assi aunque dispusiera de su herencia vniuersal, auiá de dexar obrar los Fueros, y Obseruancias; con lo qual siendo impossible, quanto a esta porcion comunicada entre los conyuges, la facultad de disponer, por consiguiente es impossible la condicion negatiua en el cuento de la qual sé hizo el llamamiento, y por aquella parte que lo es, deue remouerse de la disposicion, *l. multa* 6. *§. si seruos, & ibi Bart. ff. de condit. & demonstrat.* y por esto no se induze en este caso diuision de la voluntad del testador; *cui parendum est, l. eum qui* 18. *§. pro parte; ff. de his quib. vt indignis*, ibi: *Neque enim rationem iuris, & possessionis varietatem inducere diuisionem voluntatis.*

Quando se hallasse alguna dotrina que diga, que en las condiciones voluntarias no basta el hecho, nisi sequatur effectus, se le responde, que hablara contra text. expressos, ya alegados, y no responderà a ellos, y contra la comun resolucion de los Doctores, veasе a *Grat. discept.* 659. *num.* 27. Y esse sentir destruye vna regla solida del drecho, y vna inteligencia vniforme de sus interpretes: y en rigor se ha de en-

entender, quando el que dispone debaxo de aquella condicion considerò algun efecto particular, *Bart. in l. 2. §. 1. num. 5. de obp. leg. DD. in l. serui electione de leg.* 1. no quando ni le considera, ni puede, que son los terminos de nuestro caso. Porque el Inquisidor, quando dize, que si su hermano no dispusiere por testamento, ò donacion causa mortis, lo dexò con libertad de disponer por essos titulos en estraños, en personas no conocidas al disponiente, y en lo que a su hermano, y heredero se le antojasse; con que es euidencia, que no considerò, ni pudo en tal manera de condicion efecto alguno, considerando que no puede entrar cōsideracion de efecto particular, supuesto que pudo dispōner Don Diego en personas no conocidas del Inquisidor: siendo llanissimo, que en los incognitos no se dà afeccion. De que resulta, que por la naturaleza misma de la condiciō, se contenta con el nudo hecho: bien es verdad, que si la disposicion no surtiesse efecto por nula, como si el testamēto lo fuesse por defecto de forma, ò si el testador no tuuiera testamenti faccion actiua, se diria bien, que ha faltado la condicion, porque no ha auido disposicion, *& tunc non esse, & nuliter esse ad paria iudicantur*, que vna cosa es ser el acto nulo, y otra no surtir efecto. Y en este sentido se puede entender, si acaso se hallare Autor que señale cosa en contrario. De que tambien se descubre lo que se ha representado de la voluntad del Inquisidor, que fue hazer señor con todos los efectos del dominio a Don Diego su hermano, *ad tex. in l. in re mandata, ff. mandat.* y preuenir disposicion para en caso que su hermano morte præuentus no dispusiera de sus bienes, ò quando absolutamente no quisiera disponer, conformandose con el grauamen. Porque darle facultad de hazer como de bienes suyos, y luego querer que essa misma facultad, y el vso de ella le siruiesse de impedimento para poder disponer por testamento, ò donacion causa mortis, es absurdo grandissimo.

Y pues la otra parte nos arguye con ingenio, oyga es-

ta respuesta, aunque no sea de tanto, por ventura mas cierta.

Para dezir que Don Diego Virto no pudo disponer de la mitad de este censal en su testamento, ni cōprehenderse en el, presupone por cierto (y lo ha menester) que la mitad eran bienes de Doña Maria, y que no se pudo alargar el testamento a lo que no era del testador; de que saca consequencia, que en este Censal, como de cosa de que no dispuso D. Diego, entra la disposicion del Inquisidor. Pero aduiertase, que si entra la disposicion del Inquisidor, se destruye totalmente el presupuesto del argumento, pues recayendo en el fideicomisso, como la otra parte quiere, no fueron, ni pudieron ser de Doña Maria. Y asi vsando de la misma forma, y especie de argumento, dezimos de esta suerte. O recayò la mitad de este censo sobre que se litiga en el fideicomisso del Inquisidor Virto, como la otra parte quiere, ò no; si no recayò, habemus intentum; si recayò, fue porque al tiempo del testamento de Don Diego, era esta mitad de Censal de Doña Maria, cosa que excluye la otra parte, negando en la consequencia el presupuesto necessario de su argumento; porque el recaer en el fideicomisso, y ser de Doña Maria, son cosas repugnantes; y si no fueron de Doña Maria: porque (como la otra parte quiere) recayeron en el fideicomisso, no tuuo impedimento Don Diego para disponer de este Censal, y si no tuuo impedimento, dispuso Don Diego del, con cuya disposicion faltò la condicion, *si no dispusiere, &c.* que excluye al llamamiento del Inquisidor, y substituto, con que en el vltimo instante de la vida Don Diego fue señor libre, y entran todos los efectos del dominio sin remora, y consiguientemente la comunicacion a la consorte, con retencion al tiempo del matrimonio, y de la adquisicion de los bienes, en que tambien obrò la voluntad de Don Diego, pues disponiendo quiso que faltasse la condicion de su grauamen: y en consequencia se conformò con la disposicion de los Fueros, que dan a su muger la

mi-

mitad de los muebles, *Alexand.conf.55. volum.4. num.3. in fine.*

Por lo qual parece no puede obstar el dubio a la victoria que està esperando esta parte. Salua tanti Senatus censura. En Zaragoça a 5. de Agosto 1647.

Ioannes Baptista Canet I.V.D.
& Primarius Legum interpres Ilerdæ.